Vertragsforderungen des betrogenen Käufers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Dittmar Wieluner,
Referendar.

Breslau 1910.
Druck von Max Bermann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543102_0049

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. **I. Einleitung** 1

II. Die Vertragsforderungen des betrogenen Käufers.

1) Überblick über die geschichtliche Entwicklung.

§ 2. A. Römisches Recht.

a) Älteste Zeit 5

b) Spätere Zeit, insbesondere Zeit Ciceros.

aa) Untersuchung der Begründung eines Anspruchs für den arglistig verleiteten Käufer.

aaa) Verhältnis des bonae fidei iudicium zum dolus in contrahendo 10

bbb) Die actio empti ist eine Vertragsklage 17

bb) Untersuchung der Ansprüche aus der actio empti.

aaa) Der Käufer kann beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz verlangen . 19

bbb) Der Käufer kann negatives und positives Interesse verlangen 24

§ 3. B. Gemeines Recht 28

§ 4. C. Deutsches Recht 29

§ 5. D. Preußisches Allgemeines Landrecht . . 30

2) Untersuchung des Thema nach heute geltendem Recht.

§ 6. A. Rechtsgrund.

a) Ablehnung eines Analogieschlusses nach § 463 B.G.B. 33

b) Begründung des Anspruchs aus §§ 826, 823 Abs. 2, i. V. mit § 249 . 40

§ 7. B. Ansprüche des arglistig getäuschten Käufers.
a) Zurückweisung der Ansicht des Reichsgerichts 41
b) Beantwortung der Hauptfrage:
aa) Der Käufer kann beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz verlangen 50
bb) Das Interesse des Käufers beläuft sich auf die Differenz zwischen objektivem Wert der Kaufsache und Kaufpreis, evtl. noch auf entgangenen Gewinn . 51
§ 8. C. Frage des konkurrierenden Verschuldens 55

§ 9. **III. Schluss** 56

Literatur-Verzeichnis.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, Straßburg 1901.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Erlangen 1876.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1871.

Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kauf, in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 14, S. 58 ff.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht, München 1864.

Bruschwitz, Schadensersatz bei arglistiger Verleitung zum Kauf, Inaug.-Diss. Breslau 1910.

Braun, Vom Betrug in Verträgen, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen, 1752 No. 5.

Burchardi, Lehrbuch des römischen Rechts, II, 3, 4, Stuttgart 1846.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1906.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Halle 1878.

Deutsche Juristenzeitung 1907.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B. G. B., in Gruchots Beiträgen, Jahrg. 43, S. 305 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Förster, Preußisches Privatrecht, Berlin 1873.

— -Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, Berlin 1892.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 4. Bd. S. 122 ff., Erlangen 1796.

Gmelin, Von den Folgen des Betruges bei Verträgen, in den gemeinzügigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen, Bd. II, S. 133 ff.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterug des deutschen Rechts, Bd. 49, Jahrg. 1905.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, Berlin 1883.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. II, Leipzig, 1886.

Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. IV.

Juristische Wochenschrift.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901.

Keller, in Sell's Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. III.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 101.

Leonhard Fr., Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß, Göttingen 1896.

— Rudolf, Referat über Mommsen: Die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen in „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 26, S. 284 ff, 1881.

Linckelmann, Über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung, in der Juristischen Wochenschrift 1905, S. 226 ff.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.

Matthiessen, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung, in der J. W. 1908, S. 60 ff, des weiteren im Recht 1908, Sp. 670.

Modestus Lipsiensis, Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer, in „Das Recht" 1908, Sp. 500—504 ff, Sp. 739—740.

Mommsen Fr., Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung v. Schuldverträgen, Braunschweig 1879.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 5. Aufl.

Noodt, De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi apud veteres liber.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906.

Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht, Bd. II, Halle 1895.

Puchta, Pandekten, Leipzig 1872.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, 1903, 1907.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Richelmann, Der Einfluß des Irrtums auf Verträge, Hannover 1837.

Schleswig-Holstein'sche Anzeigen, 1908.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1904.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. II.

Sohm, Das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und kanonischen Recht, Weimar 1875.

Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, München-Berlin 1909 und Bd. II,1 1910.

Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, Leipzig 1855.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Bd.II, Würzburg 1867.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, Marburg 1852.

Werner, Die Schadensberechnung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse, im Recht 1905, S. 303—305.

Westrum, Über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung, in J. W. 1907, S. 39–40.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 1900.

v. Ziegler, Über Betrug beim Vertragsabschlusse, Inaug.-Diss. München 1870.

I. Einleitung.

§ 1.

Wird durch eine arglistige Täuschung jemand zur Abgabe einer Willenserklärung verleitet, so gibt das Gesetz in § 123 Abs. 1 B.G.B. dem Getäuschten an die Hand, den Vertrag anzufechten. Die Anfechtung hat nach § 142 Abs. 1 zur Folge, daß der Vertrag als von Anfang an nichtig angesehen wird. Die Kontrahenten haben sich demgemäß herauszugeben, was sie auf Grund des Vertrages erlangt haben, sich überhaupt so zu stellen, als ob nie ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen bestanden hätte. Diese einfache Lösung des durch die Täuschung komplizierten Verhältnisses wird aber nicht immer am Platze sein. Man denke daran, daß die Kaufsache umgestaltet oder daß der Verkäufer unvermögend und bösgläubig ist oder aber daß der Käufer die Sache behalten möchte, weil sie ihm trotz der Fehler gefällt. In allen diesen Fällen wird der Käufer beim Vertrage stehen bleiben und nur Schadensersatz verlangen wollen. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die Wandelung des Käufers nicht angebracht. Denn sie ist nichts weiter als ein Rücktritt vom Vertrage und nach den Grundsätzen des Rücktritts haben sich die Parteien zurückzugewähren, was sie an Leistungen empfangen haben. Anders steht es mit der Minderung. Hier würde der

Getäuschte die gekaufte Sache behalten und wirtschaftlich so gestellt werden können, daß jede durch die Täuschung verursachte Schädigung beseitigt ist.

Allein die Voraussetzungen für einen Minderungsanspruch sind so eng begrenzt, daß in den meisten Fällen der arglistigen Verleitung zum Kauf die Minderung nicht zur Anwendung gelangen kann. Abgesehen von anderen Bedingungen für einen Minderungsanspruch, die wir hier auszuschalten haben, da bei arglistiger Verleitung nur an positives Täuschen, d. h. Vorspiegelung von Tatsachen, insbesondere Eigenschaften zu denken ist, ist nämlich nach § 459 Minderung nur zulässig, wenn eine Eigenschaft zugesichert und dann nicht vorhanden ist Das Reichsgericht entscheidet nun wiederholtermaßen, daß man unter Zusicherung nicht ohne weiteres jedes dictum anzusehen habe[1]). Vielmehr ist erforderlich, daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßige verlangt, vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde.

Und dies mit Recht trotz Dernburg[2]), der meint, daß die Definition des Reichsgerichts zu eng sei und nicht im mindesten die Absicht des Gesetzgebers treffe, welcher die Grundsätze von Treu und Glauben verwirklicht wissen wolle, und daß vielmehr der Verkäufer für seine Angaben, auch wenn sie nicht vertragsmäßig geschehen seien, haften müsse, wofern sie nur derart gemacht wären, daß der Käufer Grund

[1]) Reichsgericht Bd. 54, S. 223. Ähnlich Gruchot Bd. 48, S. 343. Seuffert, Bd. 60, S. 4. Eccius, Gruchot Bd. 43, S. 309. Neumann, B.G.B. Bd. 1, S. 387. Staudinger, Bd. 2, S. 506.

[2]) Dernburg, bürg. R. Bd. 2, S. 62 ff.

hatte, auf sie zu bauen. Wollte man Dernburg Folge leisten, so würde es zu Unzuträglichkeiten der schlimmsten Art bei Käufen führen. Der Verkäufer, der für jede seiner Angaben haften müßte, würde dem Käufer gegenüber erheblich im Nachteile sein. So sagt auch Schneider:[1]) „Vergegenwärtigt man sich, welche fast ungemessene Verantwortlichkeit den Schadensersatzpflichtigen bei einer ermangelnden Zusicherung nach § 463 trifft, so liegt klar zu Tage, welche Gefahr alle Verkäufer bei einer zu weit gehenden richterlichen Annahme von Zusicherungen beim Kaufvertrage treffen muß." Aber abgesehen davon würde eine Haftung des Käufers für bloße Angaben auf keinem Rechtsgrunde basieren. Eine Verpflichtung aus einem Vertrage kann nur dann entstehen, wenn sie vertraglich verabredet ist, wenn Gläubiger und Schuldner sie in den Inhalt des Vertrages als Bestandteil aufgenommen und als solchen betrachtet haben. Das arglistige Vorspiegeln aber liegt ganz außerhalb des Vertrages. Wie unzutreffend die Dernburg'sche Ansicht ist, zeigt sich so recht, wenn wir die Vorverträge bei Grundstücksverkäufen ins Auge fassen. Nach § 313 B.G.B. müssen diese notariell oder gerichtlich beurkundet werden. Diese Vorschrift ist aus dem Gesichtspunkt heraus geschaffen, daß Verträge, die meistens über große Objekte abgeschlossen werden, eben aus diesem Grunde eine erschwerte Form haben sollen, damit leichtsinnig geschlossene Verträge tunlichst ausgeschaltet werden. Sie sollen ein wirksames Mittel bilden, den Käufer zu mahnen,

[1]) Schneider, Recht 03, S. 522.

gegenüber Versprechungen des Verkäufers auf der Hut zu sein. Die enge Auffassung des Reichsgerichts, die nur Angaben, die vertraglich festgelegt sind, als Bestandteil des Vertrages betrachtet, läßt nur diese der Form bedürfen und somit rechtsgültig sein und falls sie der Form ermangelten, durch Auflassung und Eintragung giltig werden und genügt demgemäß der ratio legis, die durch Erschwerung der Form Leichtsinn und Übervorteilung ausschliessen will. Die Ansicht Dernburgs läuft ihr zuwider. „Von dem Standpunkt aus", meint er S. 464, „daß Zusicherungen zwar nach Treu und Glauben zur Leistung der Gewähr verbinden und sich insoweit an den Vertrag anschließen, Bestandteil des Vertrags im Sinne des § 313 B.G.B. aber nicht bilden, ergibt sich, daß sie auch formlos bei Grundstücksveräußerungen zur Gewähr verpflichten." Damit wird ja gerade dem Zweck des § 313 B.G.B. entgegen gearbeitet; gerade damit werden „bösem Schwindel und grober Übervorteilung im Grundstücksverkehr Tür und Tor geöffnet." Denn nicht nur das schriftlich Festgelegte, sondern auch mündliche Verabredungen sollen gelten, ganz abgesehen davon, daß die erschwerte Form bei Grundstücksverkäufen völlig unverständlich bleibt.

Folgen wir nun der Ansicht des Reichsgerichts, so müssen wir für die meisten Fälle einer arglistigen Verleitung zum Kauf sowohl einen Minderungsanspruch, als auch einen Schadensersatzanspruch nach § 463 für den Käufer ablehnen; denn meistenteils wird eine arglistige Verleitung — das ergibt sich aus der Natur der Sache — nicht in einer vertragsmäßigen Zusicherung bestehen, sondern nur darin, daß der

Verkäufer im Laufe der Vertragsvorverhandlungen in betrüglicher Absicht falsche Angaben macht. Durch diese arglistige Vorspiegelung verleitet, schließt der Käufer den Vertrag, ohne irgendwie zu äußern, daß der Punkt für ihn ausschlaggebend wäre, ohne sich vertragsmäßig die Angabe versichern zu lassen, sei es durch Aufnahme in ein Schriftstück oder durch Frage, ob der Verkäufer dafür einstehen wolle und diesbezügliche bejahende Antwort.

Es ist nun Aufgabe vorliegender Arbeit zu untersuchen, ob und in welcher Höhe der arglistig zum Kaufe verleitete Käufer, wenn er beim Vertrage stehen bleiben will, Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

II. Die Vertragsforderungen des betrogenen Käufers.

1) Überblick über die geschichtliche Entwicklung.

§ 2.

A. Römisches Recht.

In Folgendem wird zunächst an der Hand der geschichtlichen Entwickelung gezeigt werden, wie im Laufe der Zeiten in Rom und in Deutschland der arglistig zum Kauf verleitete Käufer gestellt wurde.

Wie die Verhältnisse in dieser Hinsicht im älteren römischen Rechte vor und zur Zeit der XII Tafeln lagen, läßt sich schwer ermitteln. Nur dunkle Kunde, die wir größtenteils durch Deduktionen aus der da-

maligen wirtschaftlichen und rechtlichen Entwickelungsstufe empfangen, dringt zu uns.

Die älteste Form des Kaufs, die aber schon zur Zeit der XII Tafeln an Ursprünglichkeit verloren hat, war der Naturalkauf. Dieser Kauf, dessen Eigentümlichkeit der Einfachheit des damaligen Verkehrs entstammte, bestand in der sofortigen Hingabe des gekauften Gegenstandes und seines Gegenwertes, sei es durch mancipatio oder auf formlose Weise.[1]) Die Unmittelbarkeit und Einfachheit des Kaufvorganges machen es erklärlich, daß man keine Rechtsmittel kannte, um gegen einen dolus des Verkäufers bei den Vorverhandlungen, die natürlich auch hier nicht fehlten, zu reagieren. Es war kein Bedürfnis hierfür vorhanden. Der Käufer sah ja das Kaufobjekt, konnte es befühlen, untersuchen. So konnte der Mangel einer Eigenschaft, die vom Verkäufer vorgespiegelt wurde, dem Käufer schwer entgehen. Ließ sich der Käufer täuschen, so gab man seiner Unvorsichtigkeit schuld, er hätte sich besser überzeugen, die Augen auftun sollen: ius civile vigilantibus scriptum est. Bechmann[2]) bemerkt richtig: „Der Käufer mußte sich mit der Sache begnügen, wie sie eben im Augenblicke des Kaufs tatsächlich beschaffen war, ohne daß auf seine Erwartungen und Voraussetzungen, auf sein Vertrauen etwas ankommt". Ein vorsichtiger Käufer konnte auch damals schon Stipulationen anschließend an die mancipatio oder die traditio mit dem Verkäufer abschließen, in denen er sich der dicta des Verkäufers versicherte. Es sind

[1]) Bechmann, Bd. I, S. 303.

[2]) a. a. O. S. 9.

uns von Varro in seiner Schrift „De re rustica“ II. 10, 5 Stipulationen überliefert, die der Manzipation hinzugefügt zu werden pflegten. So wurde z. B. beim Verkaufe eines Sklaven die Stipulation geschlossen: Sanum eum esse furtis noxisque solutum.[1]) Fehlte die stipulierte Eigenschaft, so konnte der Verkäufer mit der Stipulationsklage belangt werden.[2]) Soweit jedoch der Verkäufer arglistig eine Eigenschaft vorspiegelte, ohne darüber mit dem Käufer eine Garantiestipulation abgeschlossen zu haben, mußte der Käufer sich zufrieden geben, nam — cf. Cicero de officiis III, cap. 16 — cum ex XII tabulis satis esset, ea praestari quae essent lingua nuncupata.[3])

Dieses Stipulationssystem blieb bestehen auch bei der weiteren Ausbildung des Kaufs zum Konsensualkontrakt, einer Form, die bald ganz den Naturalkauf verdrängte. War schon vorher die immerhin schwerfällige Stipulation nicht immer angetan, den Käufer gegen Übervorteilung zu schützen, so mußte es mit immer größerer Entwickelung des wirtschaftlichen Verkehrs und steigender Ausbildung des Kaufs dazu kommen, daß das Stipulationssystem den Anforderungen nicht mehr gewachsen war. Auf der einen Seite wurde dem Wesen des Konsensualkontraktes entsprechend in den häufigsten Fällen das Kaufobjekt nicht mehr vorgelegt[4]), sodaß dem Käufer der Augenschein, das wesentliche Mittel gegen dolus in contrahendo, entging; andererseits setzte das Stipulations-

[1]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 272. Hanausek, S. 43.
[2]) cf. Sintenis, Bd. II, S. 615.
[3]) cf. Selle Jahrb. Bd. III, S. 90.
[4]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 392.

system auf Seiten des Käufers „Geschäftserfahrung[1]) voraus, zum mindestens das Bewußtsein, daß es zu seiner Deckung überhaupt noch eines auf seiner Initiative beruhenden Vertrages bedarf. Auch ist die Stipulation nicht möglich, ohne die Willkürlichkeit des Verkäufers und, wo daher dieser dem Käufer gegenüber die günstigere Stellung hat, d h. wo die Nachfrage größer ist als das Angebot oder wo die Verkäufer unter einander Koalitionen einzugehen vermögen, da wird es mit dem Verlangen des Käufers nach Garantieleistung leicht übel bestellt sein.“ So mußte es recht oft vorkommen, daß der unkundige Käufer sich arglistig zum Kaufe verleiten ließ, ohne daß er sich in gehöriger Weise geschützt hätte. Er war dann machtlos gegen einen dolus in contrahendo.[2])

Eine gewisse Besserung, allerdings nur für ein verhältnismäßig kleines Gebiet, brachten die Kurulischen Aedilen. Gerade der Marktverkehr war es, der besondere Gefahren für den Käufer bot. Die Aedilen suchen dem vorerst abzuhelfen, indem sie die Waren prüfen, die zum Markt gebracht werden, und ihnen eine Taxe beilegen. Sie gehen weiter, sie normieren Sätze in Edikten, durch die die Sicherheit des Marktverkehrs gehoben wurde. Hierbei haben wir die Anfänge, den Käufer für bloße dicta haften zu lassen:

> quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere

[1]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 395.

[2]) So soll mit Jhering kurz der dolus genannt werden, der beim Kontrahieren, also vor Vertragsschluß vorliegt.

dicetur: emtori, omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus (1. 1 § 1 D. 21, 1).

Der Käufer hatte die Wahl zwischen der actio quanti minoris (Preisminderung) und der actio redhibitoria (Wandelung). Geltung fanden jedoch die verkehrsfreundlichen Bestrebungen der Aedilen nur beim Marktverkehr, bei Sklaven und Vieh und da auch nur subsidiär.

Im übrigen blieb es lange Zeit bei dem oben geschilderten Stipulationssystem, das um so unerträglicher wurde, je öfter bei verfallenden Sitten das Vertrauen getäuscht wird.

Hier greift die Entwickelung der bona fides ihre Ausdehnung auf den Kauf und dessen Stempelung zum bonae fidei negotium ein. Die Rechtsordnung verwandelt nun nicht etwa von vornherein die sittlichen Gebote der bona fides in formulierte Rechtssätze, sondern die Assimilierung erfolgt auf dem Wege, daß der Richter angewiesen und ermächtigt wird, bei seiner Entscheidung auch ethische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Er soll ex fide bona entscheiden. Ursprünglich wurde die bona fides nur angewandt, wenn die bonae fidei-Klausel in die intentio eingefügt war, und der Richter hatte nur darauf zu sehen, worauf zu sehen er ausdrücklich geheißen war.[1]) Das beweisen z. B. die leges locationis bei Cato. Später wurde vom Richter ipso iure die bona fides bei den bonae fidei negotia, das sind die Geschäfte, welche nach der bona fides zu beurteilen sind, beachtet.

[1]) Bekker, Aktionen S. 162.

Über das Verhältnis der bona fides zum dolus in contrahendo herrscht Streit. Von verschiedenen Seiten[1]) wird die Ansicht aufgestellt, daß die actio emti trotz ihrer bonae fidei-Natur noch gegen Ende der republikanischen Zeit nicht den dolus in contrahendo umfaßte, daß vielmehr gegen einen solchen dolus nur mit der actio doli vorgegangen werden konnte und daß erst in späterer Zeit die actio emti gegen dolus in contrahendo gegeben war. Natürlich läßt sich mit Sicherheit nicht mehr ermitteln, wie es um diese Frage stand. M. E. aber ist die eben dargestellte Ansicht falsch; sie beruht auf einer falschen Vorstellung der Entwickelung der bona fides. Diese Entwickelung ging m. E. innerhalb des Kaufs und damit schließe ich mich der Ansicht Bechmanns[2]) an zurück auf den dolus in contrahendo oder den dolus praeteritus, das ist „das arglistige und bösartige Betragen innerhalb der materiellen Entwickelung des Geschäfts regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, am Anfang bei der Eingehung." Dafür spricht die oben dargestellte Stellung des Käufers gegenüber dem dolus in contrahendo. Wir haben gesehen, daß gerade der Kaufabschluß es war, der die meisten Gefahren für den Käufer bot. Hinsichtlich der Erfüllung, falls da der Verkäufer dolos handelte, war der Käufer durch die Kontraktsklage gedeckt, dem dolus in contrahendo gegenüber blieb er verhältnismäßig ohne Schutz. Daran

[1]) Insbesondere Pernice, Labeo S. 177; Bruschwitz, Diss. S. 4.

[2]) a. a. O. Bd. I, S. 647 ff., ähnlich Bekker, Akt. S. 162 ff. a. M. Bernhöft, a. a. O. S. 97 ff. Karlowa, a. a. O. S. 686; Bruschwitz S. 4.

knüpft sich wohl der Befehl an den Richter, ex fide bona zu urteilen. Der dolus in contrahendo ist contra bonam fidem; es erscheint m. E. undenkbar, daß der Richter, sobald er selbstständiger ex fide bona urteilen durfte, diesen dolus bei Beurteilung des Kaufs als nicht contra bonam fidem ansah.[1]) Mit Rücksicht darauf bemerkt Bechmann[2]), es unterliege keinem Zweifel, daß kraft der bona fides schon frühzeitig die dicta beim Kaufabschluß als rechtsverbindlich anerkannt worden sind. So läßt Cicero[3]) den Philosophen Diogenes aus Babylon sagen: Sin autem dictum non omne praestandum est, quod dictum non est id praestandum putas? Diese Worte können — so meint Bechmann — doch nicht anders als von einer juristischen Praestationspflicht verstanden werden.[4])

Damit dürfte zum mindestens als feststehend zu erachten sein, daß die actio emti zur Zeit Ciceros auf positiven dolus beim Kontrahieren sich erstreckte.

Der Hauptstützpunkt für die gegnerische Ansicht[5]) ist die bekannte Stelle aus Cicero De officilis III, cap. 14:

> „Der römische Ritter Canius — ich zitiere Bechmann S. 651 — sucht in Syrakus einen still und anmutig gelegenen Garten zu kaufen. Dies erfährt der Bankier Pythius. Er bittet den Canius

[1]) Vgl. Burchardi, Bd. II, 3, 4 S. 680.

[2]) a. a. O. S. 662.

[3]) De officiis III, 13 § 55.

[4]) Natürlich sind Anpreisungen, soweit sie nicht betrügerisch sind, hier wie zu jeder Zeit auszunehmen.

[5]) cf. Bruschwitz, a. a. O. S. 3 u. 4; Pernice, a. a. O. Bd. II, S. 177.

auf seine Villa zu Gast, mit dem Bemerken, daß sie ihm nicht feil sei, arrangiert ihm zu Ehren ein Fest und veranlaßt die Fischer, während desselben vor dem Garten zu fischen. Canius, durch das reizende Bild gefesselt und von Pythius darüber belehrt: „Hoc loco est quidquid Syracusis est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt“ — kauft die Villa sofort um den von dem Eigentümer verlangten Preis. Am anderen Tag ist weit und breit kein Nachen zu sehen und Canius erfährt von seinem Nachbarn, daß hier niemals gefischt werde, so daß der gestrige Vorgang Verwunderung erregt habe. Aber Canius — so bemerkt Cicero — muß seinen Ärger unterdrücken, denn Aquilius hatte die Klagen wegen dolus noch nicht proponiert.“

Dieser Fall, der offenbar einen dolus in contrahendo enthalte, und insbesondere die letzte Bemerkung Ciceros spreche dafür, daß die actio emti zur Zeit Ciceros nicht diesen dolus umfaßte. M. E. ist das kein typischer Fall eines dolus in contrahendo. Von Kontrahieren war noch keine Rede, als Pythius arglistig vorspiegelte. Ja, wenn Canius schon bei Beginn seines Besuches geäußert hätte, er möchte die Villa kaufen, und dann Pythius von der wundervollen Lage vorschwärmte, dann hätten die Gegner recht. Aber davon ist doch offenbar keine Rede. Bechmann[1]) ist derselben Meinung: „Der Grund dieser Erscheinung kann kein anderer sein, als der, daß der Betrug nicht beim Vertragsabschlusse selbst gespielt, noch bei dieser

[1]) a. a. O. S. 651.

Gelegenheit die Zusage gemacht worden ist. Auf vorhergehende Machinationen, durch welche zunächst nur die Kauflust gereizt wurde, erstreckte sich die actio emti nicht. Dieser außerkontraktliche Vorgang führte nur zur actio de dolo".

Bruschwitz[1]) führt des weiteren Belege für die oben angeführte Ansicht an, die m. E. nicht stichhaltig sind. So stützt er sich auf Karlowa Bd. 2, S. 686, wo es heißt: „Die Motive, welche den Abschluß eines Geschäftes hervorgerufen, waren nach alter Auffassung überhaupt etwas ganz außerhalb des Rechtsgebiets Liegendes." Das ist wohl richtig. Die Motive als solche lagen dem alten Rechtsempfinden zu fern. Mit der Behauptung, daß die actio emti gegen einen dolus in contrahendo gegeben war, soll aber nicht gesagt werden, daß die Motive beachtet wurden, sondern das contra bonam fidem laufende Verhalten des Verkäufers beim Abschluß des Vertrages.

Wenn Bruschwitz ferner die Formel des Gaius für die actio emti:

> „quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem (q. d. a.) vendidit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato (s. n. p. a.)"

vorbringt und aus ihr schließt, daß „man zuerst in den in der intentio stehenden Worten ob eam rem einen Hinweis gesehen hat, lediglich auf die kontraktlichen Verpflichtungen, welche aus dem Abschluß des

[1]) a. a. O. S. 4 u. 5.

in der demonstratio bezeichneten Kaufvertrags nach Treu und Glauben folgen würden", so ist das vollkommen willkürlich. Ebensogut könnte man das Gegenteil annehmen.

Auch die Stelle Cicero De officiis III, § 61:

> „quod si Aquiliana definitio vera est ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat, quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus"

kann nicht als Beleg angeführt werden. Cicero erwähnt dies m. E. nur mit Rücksicht auf solche Fälle, wie der von ihm erzählte einer ist, wo zwar ein dolus vorliegt, aber kein dolus in contrahendo.

Bei dem Zitat (Cicero De officiis III, § 65 ff):

> Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori"

behauptet Bruschwitz, daß dies Cicero deshalb erwähnt, weil er etwas besonderes darin findet, daß ein dolus in contrahendo überhaupt berücksichtigt wurde. Dem ist m. E. entgegenzuhalten. Die Stelle, so zitiert, kann uns das, was Cicero will, nicht deutlich genug veranschaulichen. Nehmen wir die nächsten beiden Sätze:

> „Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta"

hinzu, so glaube ich — Franz Leonhard, a. a. O. S. 10 — ist derselben Ansicht —, daß der Schwerpunkt hier

auf dem „a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta“ liegt und daß gesagt sein soll, daß arglistiges Verschweigen wie positives falsches Zusagen behandelt werden sollte, woraus zu schließen wäre, daß das damalige Rechtsempfinden ein böswilliges Verschweigen ursprünglich nicht als dolus empfand.

Eine Stelle Ulpians allerdings in 1. 37 D. IV, 3 ist geeignet, die Ansicht, daß eine culpa in contrahendo im römischen Recht anfangs auch bei den bonae fidei iudiciis nicht beachtet wurde, zu bestätigen. Es heißt da:

> „Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio“.

Hier spricht der Jurist also von dem Falle, daß der Verkäufer, um den Käufer zu täuschen, ihm falsche Vorspiegelungen macht, und gibt ihm als Klage die actio de dolo.

Bechmann[1]) nennt die Stelle schlechterdings falsch, Pernice[2]), der keineswegs auf dem hier entwickelten Standpunkt steht, höchst eigentümlich. Die verschiedensten Stimmen haben sich erhoben, um die Stelle zu erklären. So meint Bechmann[3]), daß Ulpian die aedilitischen Klagen im Auge gehabt hat; Richelmann[4]) hält die actio de dolo hier für die auf dolus gegegründete Kaufklage, indem er davon ausgeht, daß die actio doli oft die betreffende Kontraktsklage ist und nur der Einfachheit halber unter dem all-

[1]) a. a. O. Bd. 2, S. 300.
[2]) Labeo Bd. 2, S. 177.
[3]) a. a. O. S. 300.
[4]) a. a. O. S. 131.

gemeinen Namen figuriert. Auch bei Mommsen[1]) finde ich eine Erklärung:

„Der Jurist will ohne Zweifel nur den Fall bezeichnen, für welchen allein eine Klage des Käufers zulässig ist, nicht aber die Klage, welche in diesem Falle von dem Käufer anzustellen ist."

Das richtigste scheint Pernice[2]) zu geben. Er entwickelt: „Lenel hat im Sabinussystem S. 73 nachgewiesen, daß Sabin an dieser Stelle von den Argentariern und dem Litteralvertrage handelt . . . . . Da hier vielfache Stipulationen angewendet wurden, so wäre die Verweisung des hintergangenen Ersteigerers auf die actio doli erklärlich".

Zum mindestens ist m. E. das Latein in unserer Stelle unklassisch und läßt auf eine Verstümmelung schließen; so erscheint die Zusammenstellung befremdlich actio adversum dictum promissumve. Pernice bringt folgende Restauration in der Stelle: „Ut non nascatur adversus (argentarium propter) dictum promissumve actio, sed de dolo actio (detur adversus vonditorem).

Ob dies richtig ist oder nicht, ist unmöglich zu ermitteln; das eine erscheint mir fraglos, daß die Stelle verdorben ist, schlechterdings also nicht als ein Beweis für oder wider unsere Streitfrage zu bringen ist.

Um noch einmal zusammenzufassen, so glaube ich, daß der dolus in contrahendo zum mindesten der positive dolus, von der Zeit an, wo der Richter selbständig ex fide bona beim Kaufe urteilen durfte,

[1]) Haft. d. Kontrah. S. 18.
[2]) a. a. O. S. 178, Anm. 3.

also schon recht früh, von der actio emti umfaßt wurde. Damit war dem Käufer zeitig ein sicherer Schutz gegen arglistige Vorspiegelungen gegeben, denn er konnte sich nunmehr auf die dicta des Verkäufers verlassen.

Daß das spätere römische Recht die actio emti gegen ein arglistiges Verhalten des Verkäufers beim Kontrahieren gegeben hat, wird allgemein anerkannt.[1])

Es muß jetzt eingegangen werden auf die Frage, ob die actio emti in ihrer Ausdehnung auf den dolus in contrahendo die reine Kontraktsklage ist und gegen diesen reagiert, weil er eine Kontraktsverletzung darstellt. Es wird dies nämlich von verschiedenen Seiten geleugnet.[2]) Mommsen meint, (S. 11) daß die Zulassung der bonae fidei Kontraktsklagen in den Fällen eines Verschuldens beim Kontrahieren als eine einzelne Anwendung des freilich erst allmählich in seinem ganzen Umfange anerkannten Grundsatzes anzusehen ist, daß bei den bonae fidei Kontrakten die Kontraktsklage zur Geltendmachung aller, also auch nicht kontraktlicher Ansprüche benutzt werden kann, die infolge der äußeren Tatsache der Abschließung des Kontrakts entstanden sind und kommt (S. 153) zu dem Ergebnis, daß die actio emti in unserem Falle die actio doli vertrete. Bruschwitz[3]) schließt sich ihm an.

Dem ist vom Standpunkt der oben (S. 10 ff) dargestellten Ansicht aus, daß die culpa bzw. der dolus in contrahendo der Ausgangspunkt der Entwickelung

[1]) Mommsen, Haft. d. Kontrah. S. 6. Bruschwitz S. 9.
[2]) Mommsen, a. a. O. 2 ff, vor allem Bruschwitz, S. 10 ff.
[3]) a. a. O. S. 10 ff.

der bona fides beim Kauf gewesen ist, zu entgegnen, daß das bonae fidei judicium eine dolus in contrahendo schon beachtete, bevor die actio doli durch den Praetor Aquilius Gallus geschaffen wurde. Demzufolge kann die actio emti in ihrer erweiterten Form nicht als Vertreterin der actio doli angesehen werden. Damit fallen die Belege Bruschwitz[1]) für seine Ansicht, die actio emti wäre gegeben an Stelle der actio doli wegen ihrer ungefährlicheren Wirkung für den Verkäufer wie auch wegen ihrer Vererblichkeit und längeren Verjährung. Den Römern aber vor der Schaffung der actio doli das Verständnis eines Unterschiedes zwischen unerlaubter Handlung und Vertrag mit Bezug auf den dolus zu unterstellen, dürfte nicht richtig sein. Auch abgesehen davon ist der Schluß der Gegenansicht recht gesucht. Sie erklären, weil der dolus in contrahendo ein außerkontraktliches Verschulden ist, so ist die actio emti keine Klage aus dem Vertrage, sondern aus unerlaubter Handlung. Sie bringen dadurch Schwierigkeiten in das System des römischen Rechts, die in keinem Verhältnis zu dem erzielten Resultat stehen. Ist es nicht viel zweckmäßiger und angebrachter zu schließen, weil die actio emti auch gegen einen dolus in contrahendo gegeben ist, so ist anzunehmen, daß die Römer den dolus in contrahendo als Vertragsverletzung angesehen haben! Gegen die oben erwähnte Ansicht Mommsens wendet sich auch Rudolf Leonhard in seinem Referat über Mommsens Haftung der Kontrahenten S. 302. Er geht dabei auf den Schluß ein, den Mommsen für seine Ansicht

[1]) a. a. O. S. 17 u. 18.

zieht und weist treffend dessen Unrichtigkeit nach. Mommsen meint nämlich, daß, weil mit der actio emti unter Umständen bei dolus in contrahendo auch das negative Vertragsinteresse eingeklagt werden könne, der Vertrag nichtig und die actio emti deshalb nicht eine Kontraktsklage sei. Leonhard bemerkt hierzu S. 303: „Sobald ein Kontrahent dolose einen wesentlichen Irrtum veranlaßt hat, so kann der Mitkontrahent den Vertrag gerade ebenso als giltigen behandeln, wie im Falle der Mentalreservation.“ Daraus folgert Leonhard, daß insoweit sich nicht in den Quellen Sondervorschriften finden, schlechterdings die Grundsätze von der Kontraktsklage, nicht aber die Grundsätze der actio doli gelten Wenn nur das negative Vertragsinteresse statt wie gewöhnlich das Erfüllungsinteresse, mit der actio emti verlangt werde, so beweise das garnichts, eine Klage werde darum noch keine andere, weil sie in gewissen Fällen auf etwas Anderes gehe als gewöhnlich.

Die actio emti ist also in ihrer Ausdehnung auf einen dolus in contrahendo nicht Deliktsklage, sondern eine Vertragsklage gewesen.[1]) Trotz dieses Ergebnisses erscheint es mir nicht angebracht, ohne weiteres alle in Beziehung auf die eigentliche actio emti geltenden Regeln auf die erweiterte actio emti anzuwenden; sind doch die Voraussetzungen für letztere andere als die der actio emti in ihrer ursprünglichen Ausdehnung.

Es sind daher im einzelnen die Fragen zu untersuchen, ob der Getäuschte beim Vertrage stehen bleiben

[1]) Zu demselben Resultat, wenn auch auf anderem Wege, kommen: Richelmann, S. 130 ff; Bechmann Bd. II, S. 433 ff; Köppen im Jahrb. f. Dogmat. Bd. XI, S. 288 und Jhering im Jahrb. f. Dogmat., Bd. IV, S. 1 ff.

und Schadensersatz mittels der actio emti geltend machen durfte und in welcher Höhe.

Für den ersten Teil der Frage haben wir verschiedene Theorien ins Auge zu fassen, die von gemeinrechtlichen Schriftstellern für das römische Recht aufgestellt wurden.

Nach Noodt[1]) war ein Stehenbleiben beim Vertrage und ein Geltendmachen von Schadensersatzansprüchen nicht möglich. Er behauptete mit verschiedenen anderen, daß ein bonae fidei negotium bei jedem Vorliegen eines dolus nichtig sei. Diese sogenannte Nullitätstheorie ist von den neueren gemeinrechtlichen Schriftstellern allgemein verworfen worden. Immerhin will ich auf einige Belege für sie und ihre Widerlegung eingehen. Das unzweideutigste Zeugnis für die Theorie glaubte man in l. 7 pr. D. IV, 3 zu erblicken:

> „Et eleganter Pomponius haec verba si alia actio non sit sic exipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in

[1]) De forma emendandi, cap. 3. Ebenso Braun in den Erlangischen gelehrten Anzeigen (1752) S. 39.

integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere."

Zunächst meint man, daß diese Stelle der Ansicht Noodt's entspreche. Sieht man genauer zu, so findet man bald, daß gerade das Gegenteil gemeint ist. Allerdings hat sich Ulpian nicht ganz präzise ausgedrückt, er scheint carere dolo emtorem und aut venditionem nullam esse einander gegenüberzustellen. In Wahrheit ist das aber nicht der Fall; denn wäre der Käufer an dem Betruge beteiligt und wäre aus diesem Grunde der Vertrag nichtig, so müßte auch die sich an denselben anschließende Eigentumsübertragung und Freilassung als nichtig erachtet werden, und es könnte dann auch von einer actio doli gegen den Freigelassenen nicht die Rede sein. Es handelt sich hier unzweideutig um einen von einem Dritten, nicht Vertragschließenden verübten Betrug. Damit verliert die Stelle alle Beweiskraft für die Anhänger der Nullitätstheorie, nach deren Lehre der dolus gerade den Vertrag der Kontrahenten vernichten solle. Der Grund der erwähnten Nichtigkeit des Verkaufs kann nur darin gefunden werden, daß durch den Betrug des Sklaven eines Dritten in dem Verkäufer ein wesentlicher Irrtum erregt worden ist.[1])

Außer den Quellenstellen beriefen sich die Anhänger der Theorie besonders auf die allgemeinen Aussprüche des römischen Rechts: exceptio doli inest

---

[1]) Vangerow, Pand. Bd. III, § 605 Anm. 1 No. 4; v. Ziegler, a. a. O. S. 25 ff. Bezüglich der übrigen Quellenstellen und ihre Widerlegungen, auf die einzugehen uns zuweit führen würde, vgl. insbes. Vangerow Bd. III, S. 280 ff.

iudiciis bonae fidei und officio iudicis continetur in iudiciis bonae fidei et dolum spectare. Hiernach hat der Judex bei Klagen aus bonae fidei Kontrakten die exceptio doli zu berücksichtigen, ohne daß es erforderlich ist, schon in iure diesen Punkt zur Sprache zu bringen und ohne daß es nötig ist, eine exceptio doli vom Magistrate in die formula einfügen zu lassen. Der Judex wird vom Magistrate angewiesen ex fide bona zu entscheiden, er gilt dadurch als ermächtigt, in iudicio jede Einrede zu berücksichtigen, welche darauf hinausläuft, daß aliquid, dolo malo actoris factum sit vel fiat (exceptio doli specialis und generalis).

Dies verkannte man vollständig und glaubte, die Befugnis des Judex zur Berücksichtigung des dolus nur aus der Nichtigkeit doloser negotia bonae fidei erklären zu können. Es sei nicht anzunehmen, so argumentiert man, daß die Römer dem Judex zugemutet haben sollten, etwas Nichtiges als giltig bloß um deßwillen zu behandeln, weil die Nichtigkeit nicht gleich bei Einleitung des Prozesses vor dem Magistrate zur Sprache gebracht worden sei.

Die Abweisung dies Schlusses bringt folgende Begründung: Die obigen Sätze gelten gleichmäßig für die exceptio doli specialis wie generalis, und, da die letztgenannte exceptio nach der 1. 2 § 5 D. 44, 4 alle überhaupt denkbaren Einreden in sich schließt, so würde konsequent jede dem Beklagten zustehende Einrede nach römischem Rechte den bonae fidei Kontrakt vernichten.[1])

[1]) Vangerow, Pand. Bd. III, § 605, Anm. 1 No. 1; v. Ziegler a. a. O. S. 29 ff.

Ich finde bei v. Ziegler noch eine Ansicht, die dem arglistig getäuschten Käufer nach römischem Recht die Befugnis abspricht, beim Vertrage stehen zu bleiben und Schadensersatz geltend zu machen. Er sagt[1]): „Der Betrogene kann weder in den Fällen des dolus causam dans noch in denen des dolus incidens (dies die herrschende gemeinrechtliche Einteilung des dolus) Entschädigung unter Einbehaltung der Leistung des Betrügers verlangen, wenn er seinen Anspruch auf das Interesse, nicht betrogen worden zu sein, stützt." Nach ihm mußte der arglistig getäuschte Käufer, wollte er Schadensersatzansprüche geltend machen, den Vertrag rescindieren. „Der Käufer[2]), welcher behauptet, er hätte, wenn ihm die wahre Sachlage bekannt gewesen, überhaupt nicht gekauft, habe kein Recht, ohne weiteres die Sache zu behalten und Ersatz der Nachteile zu verlangen, welche er mit dem Betrug erlitt."

Auf Quellenstellen für diese Ansicht kann sich Ziegler nicht stützen.

Seine Ansicht ist m. E. zurückzuweisen. Es würde unbillig sein, den Betrogenen zwingen zu wollen, entweder auf Rescission des Vertrags zu klagen oder jeglichen Ersatzanspruch fallen zu lassen. Die Auflösung des Vertrages zu fordern ist ein Recht und nicht eine Pflicht des Betrogenen, und daß der Betrogene auf ein lediglich zu seinen Gunsten gewährtes Recht verzichten kann, wird niemand ernstlich bezweifeln wollen.

---

[1]) a. a. O. S. 50.
[2]) a. a. O. S. 49.

Mit Recht weist Bruschwitz[1]) auch auf die Gefahr der Ziegler'schen Theorie hin. „Man kann sich doch sehr leicht den Fall denken, daß vom Betrüger wohl noch in Höhe der Differenz der infolge seines dolosen Verhaltens eingetretenen Nachteile und Vorteile Ersatz zu erlangen ist, während der ganze Schaden ohne Abrechnung der eingetretenen Vorteile eine Höhe erreicht, für die der Betrüger nicht mehr solvent ist".

v. Ziegler steht mit seiner Ansicht abgesehen von den Anhängern der Nullitätstheorie allein da. Allgemein[2]) wird sonst anerkannt, daß der arglistig getäuschte Käufer nach römischen Rechte beim Vertrage stehen bleiben und Ersatz für Schaden verlangen konnte. Selbst Glück und Gmelin[3]) geben dem Getäuschten, trotzdem sie im Falle eines dolus causam dans (ein dolus der den Grund zum Vertrage enthält, ohne den der Vertrag nicht geschlossen werde) den Vertrag für nichtig erklären, an die Hand, beim Vertrage stehen zu bleiben und mit der daraus entspringenden Klage sein Interesse zu fordern.

Es bleibt nunmehr noch für das römische Recht übrig zu erörtern, wie hoch sich die Schadensersatzansprüche belaufen, die der Käufer geltend machen konnte.

In den Quellen finden wir des öfteren die Angabe, dem getäuschten Käufer solle das Interesse ersetzt werden das er hatte, nicht betrogen zu werden.

[1]) a. a. O. S. 22.

[2]) Burchardi a. a. O. S. 682. Vangerow a. a. O. S. 276 § 605 Anm. I, II u. a.

[3]) Glück, a. a. O. S. 122. Gmelin, a. a. O. S. 46.

So heißt es in l. 62, § 1 D. XVIII, 1: Es müsse dem Betrogenen gewährt werden quod interfuit eius, ne deciperetur, § 5 I. III, 23 wird der Anspruch auf quod sua interest eum deceptum non esse festgesetzt, desgleichen l. 21 § 2 D. XIX, 1 quanti interest non esse deceptum.

Das eine geht jedenfalls daraus hervor, daß der Getäuschte einen Anspruch auf das negative Interesse hatte, d. h. der Betrüger mußte den Betrogenen in die Lage versetzen, in welcher er gewesen sein würde, wenn der Betrug nicht stattgefunden hätte. Wie die Römer dies Interesse berechnet haben, ist nicht zu ermitteln, da wir keine Anhaltspunkte aus den Quellen besitzen.[1]) Ich will hier nur eine Berechnungsart erwähnen, die Mommsen[2]) für das römische wie für das gemeine Recht aufstellt. Mommsen konstruiert einen Preisminderungsanspruch für den Käufer, der beim Vertrage stehen bleibt, und zwar ganz nach denselben Grundsätzen, nach welchen die aedilitische actio quanti minoris erfolgt.

„Der gewöhnliche Fall ist der — meint Mommsen — daß der Käufer nicht zu einem so hohen Preise gekauft haben würde, wenn er nicht über den wahren Sachverhalt getäuscht wäre" Die Differenzklage geht nach ihm auf Herabsetzung des Kaufpreises derart, daß der Vertragspreis nach Verhältnis des Wertes, den der Kaufgegenstand ohne den verschwiegenen Umstand bzw. mit der fälschlich vorgespiegelten Eigenschaft

---

[1]) Über die Berechnung eines negativen Interesses bei Bestehenbleiben des Vertrages s. u. II, S. 52 ff.

[2]) Mommsen a. a. O. S. 162 ff., ähnlich Windscheid, Pand. § 394.

hat, zu dem Werte, den er in Wirklichkeit hat, herabzusetzen ist. Also nehmen wir an: Der wirkliche Wert einer Sache ist = 100, der Wert mit der vorgespiegelten Eigenschaft = 150, der Vertragspreis = 120, dann ist 100 : 150 = x : 120 zu setzen.

$$150\ x = 12\,000,\ x = 80.$$

Der Kaufpreis wird also von 120 auf 80 herabzusetzen sein.

Nach Mommsen[1]) kann auch ein lucrum cessans geltend gemacht werden, wenn dem Käufer durch das Fehlen der Eigenschaft ein Gewinn entgangen ist.

Wir werden eine ähnliche Konstruktion, wie die Mommsens bei der Untersuchung des heute geltenden Rechts wiederfinden, es sei auf die dortigen Besprechungen hingewiesen. (S. 45 ff.).

Die Römer haben aber nicht nur das negative Interesse gewährt, sondern sie haben der Natur der actio emti als Vertragsklage entsprechend auch einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, d. h. einen Anspruch des Käufers darauf anerkannt, daß er gestellt werde, wie wenn die Sachlage so wäre, als er unter dem Einfluß des Betruges irrtümlich angenommen hatte. Wir finden dies auch in den Quellen bestätigt. Dafür spricht vor allem die Stelle l. 80, § 1 D. XIX, 1:

> „Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emtori

[1]) Mommsen II, S. 163 Anm. 4.

habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit."

Die Worte quanti mea intersit meam esse factam bezeichnen das Interesse des Käufers, Eigentum an der gekauften Sache zu empfangen. Daß dies geschähe, mußte der Käufer infolge des arglistigen Verschweigens des Verkäufers annehmen. Der Käufer konnte also auf Übertragung des Eigentums klagen, also auf das Interesse, das er hat, daß die Sachlage wirklich so wäre, wie er irrtümlicherweise angenommen hatte, m. a. W. auf das positive Erfüllungsinteresse.

Ebenso wie diese Stelle muß l. 57 § 1 D. XVIII, 1 als vom positiven Interesse handelnd verstanden werden. Allerdings ist hier nicht so deutlich gesagt, welches Interesse gemeint ist. Allein der Zusammenhang weist m. E. auf das positive hin. Mommsen und Ziegler[1]) kommen im wesentlichen zu demselben Resultat.[2]) Sie ziehen den Schluß, daß der getäuschte Käufer berechtigt sei, wenn er wolle, anstatt des negativen, dasjenige Interesse ersetzt zu verlangen, welches er daran hat, daß die Sache sich so verhielte, wie der Verkäufer ihn arglistiger Weise hat glauben lassen; desgleichen Windscheid, Pand. II, § 393, Anm. 7, der

[1]) Mommsen a. a. O. S. 168. v. Ziegler a. a. O. S. 62 u. 63.

[2]) Mommsen freilich widerspricht sich in diesem Punkte. S. 37 behauptet er, daß die Worte quod interfuit eius ne deciperetur nur das negative Interesse bedeuten können, während er S. 33 Anm. 1 und S. 164 Anm. 5 anderer Meinung ist.

unter Hinweis auf die beiden erwähnten Stellen fr. 30 und 57 sagt, daß das Erfüllungsinteresse verlangt werden könne, sodaß Arglist gleich Zusicherung sei.[1])

§ 3.

B. Das Gemeine Recht.

Das gemeine Recht hält in weiterer Ausbildung des bona fides Begriffs an der actio emti in ihrer Ausdehnung auf den dolus in contrahendo fest. Hinsichtlich der aus ihr sich ergebenden Ansprüche jedoch haben verschiedene Schriftsteller, insbesondere Noodt,[2]) von dem Gedanken ausgehend, daß ein bonae fidei negotium infolge eines dolus nichtig sei, dem Käufer das Recht abgesprochen, beim Vertrage stehen zu bleiben. Diese Nullitätstheorie ist, — auch das haben wir oben schon gesehen — bald überwunden worden, und es wird trotz der mannigfachsten Konstruktionen in Anlehnung an das römische Recht dem arglistig getäuschten Käufer stets die Berechtigung zugesprochen, beim Vertrage stehen zu bleiben und negatives oder positives Interesse zu verlangen.

Für die neuere Zeit des gemeinen Rechts ist zu bemerken, daß der positive dolus in contrahendo nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der bona

[1]) Bruschwitz a. a. O. S. 25 läßt ebenfalls nach römischem Recht das positive Erfüllungsinteresse gelten. Er stößt sich jedoch zunächst daran, daß die Quellenstellen nur vom arglistigen Verschweigen handeln, vom positiven dolus aber keine Rede ist; m. E. unnützerweise: Die Römer haben sicherlich eher gegen positiven dolus reagiert, schon wegen seiner Sinnfälligkeit, als gegen arglistiges Verschweigen. Obiges Beispiel S. 14 scheint dies zu beweisen.

[2]) s. ob. S. 20.

fides betrachtet wurde. In ständiger Rechtssprechung[1]) wurde der Begriff der Zusicherung soweit ausgedehnt, daß darunter jede ernstliche Angabe zu verstehen war. Nunmehr gewinnt der positive dolus in contrahendo das Aussehen einer Verletzung einer, wenn auch stillschweigenden vertraglichen Verabredung. Im übrigen ist bezüglich der Ansprüche auf das römische Recht zu verweisen.

§ 4.

C. Das deutsche Recht.

Wie das deutsche Recht den zum Kaufe argiistig verleiteten Käufer stellte, ist ebenfalls schwer zu ermitteln. Man sprach dem deutschen Recht[2]) die Ausbildung eines Obligationenrechts ab und stellte nur einige Grundsätze auf, die darin gipfelten, daß jede bedächtliche Zusage ohne weiteres zur Haltung des Versprochenen verpflichtet habe, da alle Formen bei Eingehung der Verträge durch Treu und Glauben, durch das deutsche Manneswort, das unverbrüchlich gehalten worden, überflüssig gemacht worden seien[3]) Man glaubte dies bestätigt zu finden im Sachsenspiegel

[1]) Oberappellationsgericht Lübeck, Seufferts Arch. Bd. II, No. 23. Oberappellationsgericht Rostock, Seuff. Arch. Bd. XVII, No. 129.

[2]) cf. Stobbe, Geschichte d. dtsch. Vertragsrechts, S. 4. Bluntschli, D. Priv. R. S. 324. v. Amira, Grundriß d. germ. Rechts S. 137.

[3]) cf. Schilter, praxis iuris romani exercit. VIII, § 2, sagt mit Bezug auf Tacitus Germania cap. 24: „ex qua re satis apparet, etsi Germanicis populis carissima semper fuerit libertas, magis tamen fidem et promissorem constantiam fuisse, qua nihil ipsis antiquius".

I. 7 und Freiburger Stadtrecht von 1520 Bl. 394. In letzterem heißt es: „Welcher dem anderem etwas mit bedachtlicheit zusagt, es sig mit bloszen worten oder anderen zusagungen, die wort syent wie sy wöllen, so sol der jhen der zugesagt hat, sin zusagen halten, dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit, das man glauben halte".

Daraus wäre zu schließen, daß der Käufer gegen den Verkäufer klagen konnte auf Erfüllung der ihm, wenn auch arglistig gemachten Zusagen.

Die neuere Forschung, insbesondere Heusler und Sohm[1]) tritt dieser Ansicht entgegen. Sie spricht dem altdeutschen Recht das Dogma von der bindenden Kraft des einfachen Versprechens ab Wie dem auch sein mag, daran ist mit Stobbe[2]) festzuhalten, daß das germanische Rechtsbewußtsein den Käufer gegen einen dolus schützte, freilich in der Art nur, daß es den Vertrag für ungiltig erklärte. So steht im Freiburger Stadtrecht, Bl. 394: „dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit das man glauben halte, es wer denn das zusagen umb unerlich sachen".

§ 5.

D. Das preußische allgemeine Landrecht.

Wir kommen nun zum Allgemeinen Preußischen Landrecht.

Die Beantwortung der Frage, ob der arglistig getäuschte Käufer beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz verlangen kann, ist leicht.

[1]) Heusler, Instit. d. dtsch. Priv.-R. S. 228 und Sohm, Recht d. Eheschließung, S. 24 u. 34 ff.

[2]) a. a. O. S. 16.

Sie gibt das Gesetz selbst im ersten Teil, 5. Titel § 349 bis 351.

Da heißt es:

§ 349: Jeder Betrug, wodurch jemand zur Errichtung eines Vertrags verleitet worden, berechtigt den Betrogenen davon wieder abzugehen.

§ 350: Er kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben und nur den Ersatz des durch den Betrug ihm verursachten Schadens fordern.

§ 351: Will er letzteres, so muß ihm der Betrüger das ganze Interesse vergüten. (§§ 286, 287.)

Das Landrecht berechtigt also den getäuschten Käufer beim Vertrage stehen zu bleiben und Schadensersatz geltend zu machen. Der Käufer ist Herr der Situation, das ist schon im 4. Titel § 85 ausgedrückt, wo es heißt, daß jede durch Betrug veranlaßte Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich ist. Daß das Gesetz von einem Betrug spricht, macht nichts aus; denn stets wird sich arglistige Täuschung mit zivilrechtlichem Betrug decken.

Was haben wir nun unter dem ganzen Interesse zu verstehen? Das Gesetz verweist auf die §§ 286, 287 desselben Titels.

§ 286: Aller Nachteil, welcher für jemand daraus entstanden ist, daß der andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen ist, wird unter dem Interesse begriffen.

§ 287: Es wird also bei Bestimmung des Interesses nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern

auch auf den durch Nichterfüllung des Kontraktes entgangenen Vorteil Rücksicht genommen.

Diese Definition läßt jedoch im Unklaren, ob der Käufer positives oder nur negatives Interesse verlangen kann.

Bruschwitz[1]) glaubt, daß das Gesetz das positive Erfüllungsinteresse im Auge hat. Die von ihm zitierten Entscheidungen (Striethorst, Arch. Bd. 52; JW 1898 S. 518/19 No. 58 und das Berufungsgericht im E.R.G. Bd. 63 S 112) scheinen diesen Standpunkt zu teilen.

Die Literatur über das Preußische Landrecht schweigt sich über diesen Punkt völlig aus. Förster[2]) spricht nur von einer Leistung des Interesses, die der Käufer fordern könne, ohne jede weitere Erklärung, während Dernburg[3]) von einer Differenzklage zur Ausgleichung des Schadens des Käufers spricht, ohne hierauf näher einzugehen.

M. E hat das Landrecht unter dem Interesse nur das negative Vertragsinteresse verstehen wollen.

Wie aus § 350 ersichtlich, handelt es sich hier um einen reinen Schadensersatzanspruch. Das Gesetz gebraucht auch in diesem Paragraphen bezeichnenderweise ein „nur". Damit soll darauf hingedeutet werden, daß nur wirklich entstandener Schaden ersetzt werde. Mit der Gewährung des Rechts auf das positive Interesse würde der Käufer nicht immer nur den Schaden ersetzt erhalten, sondern aus dem Betruge noch Nutzen ziehen.

[1]) a. a. O. S. 33.
[2]) a. a. O. Bd. II, S. 75.
[3]) Lehrbuch, Pr. Recht, Bd. I, S. 209.

Vielmehr ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag ohne die Täuschung abgeschlossen wäre.[1]) Wie dieser Zustand darzustellen ist, wird unten S. 52 ff. gezeigt werden.

2) Das geltende Recht.

§ 6.

A. Rechtsgrund für einen Schadensersatzanspruch des Käufers.

Unsere Frage soll nun nach geltendem bürgerlichen Recht untersucht und beantwortet werden.

Der Rechtsgrund eines Schadensersatzanspruchs liegt entweder im Vertrage oder in der unerlaubten Handlung.

Es ist oben[2]) gezeigt worden, daß eine Konstruktion eines Vertragsanspruches für den arglistig getäuschten Käufer daran scheitert, daß das arglistige Vorspiegeln einer kontraktlichen Basis entbehrt.

Das Reichsgericht hat nun im 66. Bande versucht, diesem Mangel dadurch zu steuern, daß es einen Analogieschluß zwischen den Voraussetzungen des § 463 B.G.B. und arglistiger Vorspiegelung aufstellt.

Es sagt S. 338:

„Steht dem Käufer ein Schadensersatzanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigen eines Fehlers zu, so

[1]) Förster-Eccius Bd. I, S. 716 sagt: Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem Vermögensstande, wie er sein müßte ohne die Verletzung der Pflicht und wie er infolge dieser Verletzung gemindert worden.

[2]) S. 4 ff.

muß wegen Gleichheit des Rechtsgrundes gefolgert werden, daß das Gesetz dem Käufer auch wegen Fehlens solcher Eigenschaften, deren Vorhandensein vom Verkäufer beim Vertragsschlusse betrüglich vorgespiegelt worden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren will, wenn auch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht nicht gegeben ist.

Diese Entscheidung ist m. E. nicht richtig. Sie hat in der Literatur einen Fürsprecher gefunden und zwar in Modestus Lipsiensis im „Recht" 1908 S. 500 bis 504 und 739 bis 740. Als Gegner vorliegender Ansicht des Reichsgerichts traten auf O.L.G. Kiel in den Schleswig-Holstein'schen Anzeigen 1908 S. 49, vor allem aber Matthiessen in JW 08, S. 60—64 und im Recht 1908, S. 670 ff.[1])

Eine Analogie setzt voraus, daß eine Lücke im Gesetz vorhanden ist und daß Gleichheit des Rechtsgrundes für die bei den zum Schluß herangezogenen Faktoren vorliegt. Sind nun diese Bedingungen für den Analogieschluß des R.G. gegeben?

1) Analogie zwischen § 463 Abs. 1 und arglistiger Vorspiegelung.

Wir haben oben des Näheren gesehen, wie gerade das Reichsgericht den Begriff der Zusicherung einer Eigenschaft in enger Auslegung dahin formuliert hat, daß darunter ein als vertragsmäßig verlangtes und als solches gegebenes Versprechen zu verstehen ist.

[1]) Zu erwähnen ist hier Staudinger-Kober 1908, Anm. 3c zu § 463, der die Entscheidung des Reichsgerichts für bedenklich hält.

Wenn also jemand einen Anspruch wegen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft hat, so ist dies ein Anspruch aus dem Vertrage.

Der Anspruch aus einer arglistigen Vorspiegelung, die nicht in vertragsmäßiger Form gegeben ist, ist mangels der Zusicherungseigenschaft kein Anspruch aus einem Vertrage, sondern aus einer unerlaubten Handlung.

Es liegt also in konsequenter Durchführung der vom Reichsgericht aufgestellten Ansicht, Gleichheit des Rechtsgrundes nicht vor.

2) Analogie zwischen arglistiger Vorspiegelung und arglistigem Verschweigen.

Bruschwitz[1]) konstruiert hierfür eine Gleichheit des Rechtsgrundes, indem er den Anspruch aus § 463 Satz 2 wegen arglistigem Verschweigens eines Mangels zu einem Anspruch aus einer unerlaubten Handlung stempelt.[2])

Seine Belege hierfür rechtfertigen m E. seine Ansicht nicht. Er sucht nachzuweisen, daß das Gesetz Lieferung einer fehlerfreien Sache nicht als Erfüllungspflicht ansehe, und schließt daraus, daß wenn der Verkäufer wegen arglistigen Verschweigens haften müsse, dies nur eine Haftung wegen unerlaubter Handlung sein könne.

---

[1]) a. a. O. S. 54 ff.

[2]) Das Reichsgericht scheint derselben Ansicht zu sein. Es sagt Bd. 63, S. 112: Im Gegenteil ist für den Fall arglistigen Verschweigens eines Fehlers im § 463 Satz 2, die auch hier aus dem Vertrage sich nicht ergebende Haftung nach Maßgabe des Vertrages (Ersatz des Erfüllungsinteresses) ausdrücklich vorgeschrieben.

Dagegen ist zu sagen:

Das B.G.B. kennt in seinem System nur eine geschlossene Zahl von unerlaubten Handlungen, die es unter einem besonderen Abschnitt (§ 823 ff) zusammenfaßt. Es würde dem System vollständig widersprechen, wollte man Tatbestände, die an und für sich wohl eine unerlaubte Handlung darstellen können, die aber speziell unter anderen Gesichtspunkten in andere Teile des B.G.B. gebracht sind, ebenfalls als unerlaubte Handlungen ansehen. Gerade durch die anderweitige Unterbringung der erwähnten Tatbestände will m. E. der Gesetzgeber darauf hindeuten, daß von dem Charakter der Tatbestände als unerlaubten Handlungen abzusehen ist, sofern man den Tatbestand in seiner Spezialisierung betrachtet und nur auf seine spezielle Stellung Rücksicht zu nehmen ist.[1])

§ 463 Satz 2 ist ein Beispiel hierfür. An und für sich würde nichts dagegen sprechen, gegen einen Verkäufer, der arglistig einen Mangel verschweigt, nach § 826, also aus einer unerlaubten Handlung, einen Anspruch für den Käufer herzuleiten. Wendet man aber § 463 Satz 2 an, so hat man ihn in seiner Stellung im System des Kaufs zu betrachten. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich, mag man den Anspruch aus § 463 Satz 2 als Erfüllungsanspruch betrachten oder nicht, daß er lediglich ein vertraglicher

[1]) Von verschiedenen Schriftstellern wird eine Konkurrenz zwischen Vertrag und unerlaubter Handlung geleugnet. Sie schließen bei Zusammentreffen solcher Ansprüche die unerlaubte Handlung aus und lassen stets nur das Vertragsrecht als lex spezialis gelten cf. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 13; Schollmeyer, Recht d. Schuldverh. S. 233; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pand. R. S. 888.

Anspruch und seine Verletzung eine Vertragsverletzung ist.[1]) Das Reichsgericht selbst erkennt dies vollständig an. Bd. 66, S. 87 entscheidet es: „Der in § 463 anerkannte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus arglistigem Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache bei dem Kaufabschluß ist in seinem vollen Umfange ein vertraglicher. Der Arglist bei dem Vertagsabschlusse — dolus in contrahendo — sind unter den dort geregelten Voraussetzungen die gleichen vertraglichen Wirkungen beigelegt, die der Arglist in Erfüllung des Vertrags — dolus in contractu — allgemein zuerkannt sind".

Man kann also nicht, wie Bruschwitz es tut,[2]) sagen: Das arglistige Verschweigen ist ein dolus in contrahendo, folglich ein außerkontraktliches Verschulden, der Anspruch ein Anspruch ex delicto.

Zum weiteren Beweise für die Vertragsnatur des Anspruchs aus arglistigem Verschweigen, will ich vom § 463 einmal absehen und auf allgemeine Grundsätze zurückgehen.

Der Käufer kann, da nach § 459 Abs. 1 B.G.B. eine Haftung des Verkäufers für Mängel zur Zeit des Gefahrüberganges ausgesprochen ist, mit Recht erwarten, daß der Verkäufer, falls die Sache Mängel hat, ihm dies mitteilt und mit Recht aus dem Schweigen

[1]) Das gleiche Neumann, a. a. O. S. 391: Der Anspruch auf § 463 wegen Arglist unterliegt als Anspruch aus dem Vertrage der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung gemäss § 195. Desgleichen Staudinger Bd. II, 1 S. 523; der Anspruch ist seinem vollen Umfange nach ein aus dem Vertrage fließender. Ebenso Matthiessen, a. a. O. S. 61.

[2]) a. a. O. S. 60.

schließen, daß die Sache ohne erhebliche Fehler ist.[1]) Umgekehrt muß der Verkäufer damit rechnen, daß der Käufer den gekauften Gegenstand für fehlerfrei hält. Nach § 276 B.G.B. hat nun der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Verschweigt der Verkäufer arglistig einen Mangel, so handelt er, da ja im Augenblick des Kontrahierens von Schuldner und Gläubiger noch nicht die Rede sein kann, unerlaubt und hat nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung für sein Verhalten einzustehen. Erst im Augenblick des Abschlusses des Kaufs wird er Schuldner, hat also Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten Er handelt vorsätzlich, indem er arglistig seinem Gläubiger den Mangel verschweigt, er handelt weiter vorsätzlich, indem er mangelhaft erfüllt. Dadurch macht er sich schon nach § 276 schadensersatzpflichtig. Daß der Anspruch des Käufers aus § 276 ein vertraglicher ist, wird nicht gut geleugnet werden können. Wir finden in § 276 also, allgemeiner allerdings, ausgedrückt, was im § 463 speziell für den Kauf formuliert wird. Mit Recht bemerkt daher Krückmann[2]):

„Der Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens gehört garnicht zum Gewährleistungsrecht, sondern zum Verschuldensrecht und fällt daher grundsätzlich unter § 276. Die Sonderbestimmungen über arglistiges Verschweigen von Mängel sind eine rein versehentliche Wiederholung des im § 276 allgemein ausgesprochenen Grundsatzes, die nur dadurch

[1]) cf. Schleswig-Holstein'sche Anzeigen 1908, S. 50. Matthiessen a. a. O. S. 62

[2]) a. a. O. S. 196.

möglich gewesen ist, daß man das Wesen der Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels der Sache nocht nicht richtig erkannt hat."

Die obige Konstruktion versagt natürlich für einfaches arglistiges Vorspiegeln, denn der Käufer darf nicht erwarten, daß alle ihm gemachten Angaben wahr sind, eventuell daß der Verkäufer für sie einstehen wolle Das arglistige Vorspiegeln ist also nur dolus in contrahendo, ohne irgend welche Nachwirkungen nach Abschluß des Vertrages zu hinterlassen.

Nach alledem ist also der Schluß berechtigt, daß zwischen arglistiger Vorspiegelung und arglistigem Verschweigen, eventuell arglistiger Zusicherung eine Gleichheit des Rechtsgrundes nicht vorliegt.[1]) Schon darum wäre der Analogieschluß des Reichsgerichts abzulehnen. Es soll aber noch gezeigt werden, daß auch eine Lücke im Gesetz nicht vorhanden ist, die die Analogie des Reichsgerichts rechtfertigen könnte. Wenn das arglistige Vorspiegeln nicht wie das arglistige Verschweigen - von der Zusicherung will ich absehen, da diese dem arglistigen Vorspiegeln wesensfremd und die Notwendigkeit einer anderen Behandlung klar ist — behandelt wird, so liegt das daran, daß das arglistige Verschweigen weit gefährlicher für den Käufer ist als das arglistige Täuschen und also einen größeren Schutz für den Käufer notwendig macht. Wenn der Verkäufer angibt, so und so ist die Sache, so kann sich der Käufer gegen ein arglistiges

[1]) Ders. Ans. Matthiessen, Recht 1908 S. 670, JW 1908, S. 62. Dagegen Modestus Lipsiensis, Recht 1908, S. 502 u. S. 739; Bruschwitz, S. 55 ff.

Verhalten des Verkäufers schützen, indem er sich diese Angaben stipulieren läßt, wie es ja im alten Rom der Fall war. Tut er es nicht, so hat er sich die Folgen zuzuschreiben; er kann dann nicht Ansprüche aus § 463 geltend machen, geht also seines Rechtes verloren. Anders beim arglistigen Verschweigen. Dieses ist in seiner Negation insofern gefährlich, als der Käufer hier nicht an alle möglichen Fälle denken kann, um sich diese zusichern zu lassen. Beim positiven Täuschen wird er darauf hingewiesen; hier müßte er selbst darauf kommen. Wollte man das Verschweigen ebenso behandeln wie das Täuschen, so würde der Käufer im ersteren Falle viel hilfsloser sein, da er meistens vergessen wird, sich gerade die Abwesenheit der Mängel zu versichern, die der Verkäufer verschweigt.

Nach alledem müssen wir also die Analogie, die das Reichsgericht aufstellt, und die Modestus Lipsiensis zu halten sucht, ablehnen.[1]) Es liegt weder Gleichheit des Rechtsgrundes vor, wie das Reichsgericht annimmt, noch ist eine Lücke vorhanden, wie Modestus Lipsiensis behauptet.

Wir sind also für die Konstruktion von Schadensersatzansprüchen auf die andere Quelle angewiesen, die unerlaubten Handlungen. Sie versagt nicht.

Nach § 826 wie nach § 823 Abs. 2 B.G.B., in Verbindung mit § 263 St.G.B. sind dem arglistig zum Kauf verleiteten Käufer unbestrittenermaßen Schadensersatzansprüche gegeben. Offenbar ist ein arglistiges

[1]) cf. Schleswig-Holstein'schen Anzeig. 1908, S. 49 ff.; Matthiessen, JW 08, S. 61, 62, Recht 08, S. 670, 671.

Vorspiegeln ein Handeln, das gegen die guten Sitten verstößt. Vorsatz wird durch die Arglist umfaßt. Ist weiter ein Schaden durch die Handlung des Täuschenden verursacht, so ist der Tatbestand des § 826 B.G.B. erfüllt.

Die arglistige Täuschung wird sich in den meisten Fällen auch unter § 823 Abs. 2 einreihen lassen, wenn nämlich die Tatbestandsmerkmale des § 263 St.G.B. vorliegen.[1]) Dann nämlich ist die Verletzung eines Schutzgesetzes gegeben, wie sie nach § 823 Abs. 2 Satz 1 gefordert wird.

§ 7.

B. Die Schadensersatzansprüche des arglistig zum Kaufe verleiteten Käufers.

Wir kommen nunmehr zur Untersuchung, wie hoch die Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 bzw. § 826 sich belaufen, insbesondere aber, um unserer Hauptfrage gerecht zu werden, ob der Getäuschte die mangelhafte Sache behalten darf und außerdem noch Ansprüche hat.

Über die Gestaltung des Schadensersatzes finden wir bei den unerlaubten Handlungen keine näheren Angaben. Wir müssen auf den allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse zurückgehen, um Anhaltspunkte für sie zu finden. § 249 Satz 1 B.G.B. gibt uns den Grundsatz an, den das B.G.B. für die Art des Schadensersatzes aufgestellt hat:

[1]) cf. R.G. Bd. 59, S. 155; JW 05, S. 76; Gruchot 1905, S. 905.

„Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre".

Dieser Satz in seiner Allgemeinheit macht bedeutende Schwierigkeiten.

Im 59. Bd. seiner Rechtssprechung, S. 157 ff. hat das Reichsgericht die Frage der Berechnung des Schadensersatzes in folgender Weise zu lösen gesucht:

„Der Schadensersatz — so meint es — besteht in der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis, nämlich die Täuschung, nicht eingetreten wäre. Handelt es sich um eine arglistige Zusicherung, so muß der Getäuschte so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre".

Im ersten Augenblicke möchte man glauben, daß das Reichsgericht hier diesen Grundsatz nur für eine arglistige Zusicherung aufstellen wollte, und Werner[1]) steht nicht an, das für unbedenklich richtig zu erklären, da ja die Eigenschaft, die vorgespiegelt war, vertragsmäßig versprochen sei. Allein die Rechtsprechung des Reichsgerichts dehnt den Satz auch auf jede andere arglistige Vorspiegelung, die nicht in der Form der Zusicherung erfolgte, aus.[2])

[1]) Im Recht 05, S. 304.

[2]) Und dies konsequenter Weise. Ein Unterschied zwischen vertragsmäßiger und nicht vertragsmäßiger Zusage kann zwar beim Vertrage gemacht werden, nicht aber bei der unerlaubten Handlung. Werner geht also fehl, wenn er dem einen unbedenklich zustimmt, das andere verwirft.

So finden wir bei Gruchot:[1])

„Der Schadensersatzanspruch aus § 826 geht auf die Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis, der Verstoß gegen die guten Sitten, nicht eingetreten wäre. Handelt es sich um eine arglistige Täuschung, so muß der Getäuschte so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die vorgespiegelte Tatsache wahr wäre."

Ähnlich JW 1905, S. 77.

In der Literatur hat die reichsgerichtliche Ansicht mehrere Anhänger gefunden. Vor allen Linckelmann. Er führt in JW 1905, S. 226 aus, daß der Getäuschte diejenigen Vorteile verlangen könne, welche ihm inhaltlich des Rechtsgeschäfts zugefallen wären, weicht allerdings insofern vom Reichsgericht ab, als er meint, der Getäuschte müsse dann auf Aufhebung des Vertrages klagen. Staudinger und Dernburg folgen völlig dem Reichsgericht, indem sie dem durch arglistige Täuschung zum Vertragsschlusse verleiteten Käufer das Recht zugestehen, beim Vertrage stehen zu bleiben und das positive Erfüllungsinteresse zu verlangen.[2])

Es soll nun zu dem Standpunkt des Reichsgerichts Stellung genommen werden:

Schon vom Gesichtspunkt der Logik aus ist die Ansicht des Reichsgerichts zu verwerfen.

Liest man aus dem Satze: der Betrüger hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Täuschung nicht eingetreten wäre, heraus, daß dann

[1]) Bd. 49, S. 905.

[2]) Staudinger II, 1 1910, S. 57; Dernburg Bd. I, § 146, VIII, S. 495.

der Getäuschte das zu erhalten hat, was er erhalten würde, wenn die vorgespiegelte Tatsache wahr wäre, so kommt man unweigerlich zu dem Schluß: Wäre die Täuschung nicht gewesen, dann wäre die vorgespiegelte Tatsache wahr.[1]) Das aber ist unhaltbar. Wohin würden wir mit solchen Konsequenzen kommen? Westrum[2]), der gegen das Reichsgericht in dieser Hinsicht polemisiert, bemerkt hierzu: „Die Lüge wäre dann mächtiger als die Wahrheit." Was wir mit der Wahrheit nicht erreichen, nämlich eine vorteilhafte Änderung der mangelhaften Sache, das würde die Lüge herbeiführen.

Zur Rechtfertigung seiner Ansicht gibt das Reichsgericht[3]) an, der arglistige Verkäufer könne nicht besser gestellt werden wie der redliche Verkäufer, der eine zugesagte Eigenschaft nicht gewähren kann. Selbst wenn dies der Fall wäre, findet sich nirgends im B.G.B. ein Anhaltspunkt, der die vom Reichsgericht aufgestellte Meinung rechtfertigen könnte. Sie beruht auf willkürlicher Erfindung, der jede positive Grundlage fehlt. Aber es kann m. E. nicht einmal ein Bedürfnis für diese Erfindung gefunden werden. Im einen Falle ist die Eigenschaft zugesichert, d. h. vertragsmäßig versprochen. Haftet hier der Verkäufer — er mag redlich sein oder nicht — so haftet er aus dem Vertrage (§ 463). Im anderen ist die arglistige Vorspiegelung nicht in vertragsmäßiger Form erfolgt, also nicht Bestandteil des Vertrages geworden. Der Käufer kann also nur aus der unerlaubten Handlung

[1]) cf. Westrum, JW 07, S. 40.
[2]) a. a. O. S. 40.
[3]) JW 05, S. 77.

Ansprüche geltend machen und zwar nur auf Ersatz wirklichen Schadens. „Will[1]) man den Betrüger auf die Richtigkeit seiner Vorspiegelung haften lassen, so verlässt man das Gebiet der Haftung aus unerlaubter Handlung und gründet seine Haftung auf eine nicht vorhandene rechtsgeschäftliche Erklärung".

Das Reichsgericht scheint bei Aufstellung seiner Ansicht übersehen zu haben, daß nicht die Unwahrheit der vorgespiegelten Eigenschaft, sondern die Täuschung selbst der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand sei. Nicht deshalb haftet der Verkäufer, weil die Wirklichkeit nicht seinen Angaben entsprach, sondern deshalb, weil seine Angaben von der Wirklichkeit abwichen. Also ist, um die Täuschung aus der Welt zu schaffen, nicht die Wirklichkeit umzuändern, bzw. da dies nicht möglich ist, der Käufer so zu stellen, als ob die vorgespiegelte Tatsache wahr wäre, sondern nur der Zustand ist herzustellen, der bestehen würde, wenn der Verkäufer geschwiegen oder die Wahrheit gesagt hätte.

Das Reichsgericht hat denn auch anscheinend eingesehen, daß die Folgerung, die es aus § 249 zieht, unhaltbar sei.

Im 63. Bande, S. 112, finden wir die Frage, was der arglistig Getäuschte verlangen könne, in anderer Weise beantwortet.[2]) Freilich wie wir bald sehen werden, das Ergebnis bleibt im Großen und Ganzen dasselbe wie oben.

---

[1]) cf. Bruschwitz, S. 41.

[2]) Ähnl. Entsch. Seuff. Bd. 60, S. 443. ff.

„Bleibt — so heißt es — der Vertrag bestehen, so sind für den Schadensersatz die vertragsmäßigen Festsetzungen, soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden, maßgebend. Der Betrogene kann nach § 249 B.G.B. die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, wie er ohne den Betrug sich gestaltet hätte, verlangen. Hat er infolge des Betruges sich zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises verstanden, so kann er die Ermäßigung oder den Ersatz bis zu dem Betrage verlangen, den er vertragsmäßig ohne den Betrug gegeben hätte".

Hier schließt also das Reichsgericht nicht: Wäre die Täuschung nicht eingetreten, so wäre das Vorgespiegelte wahr,

sondern:

Wäre die Täuschung nicht eingetreten, so hätte der Käufer einen geringeren Kaufpreis gezahlt; die Differenz ist dem Käufer herauszugeben.

Hiermit kommt das Reichsgericht auf eine Darstellung des Schadensersatzes, wie sie schon Mommsen[1]) für das gemeine Recht gegeben hat.

Dort heißt es:

„Wenn anzunehmen ist, daß der dolus nur auf die Art und Weise, wie der Vertrag abgeschlossen ist, eingewirkt hat, so kann der Käufer als Hauptgegenstand seiner Forderung die Abänderung der Bestimmungen des Vertrages, auf deren Feststellung das dolose Verhalten des Gegners influiert hat, verlangen. . . . Der gewöhnliche Fall ist der, daß der Käufer nicht zu

[1]) a. a. O. S. 162 ff.

einem so hohen Preise gekauft haben würde, wenn er nicht über den wahren Sachverhalt getäuscht wäre. . . . . Die Klage geht dann auf Herabsetzung des Kaufpreises."

Es ist dies ersichtlich dasselbe, was das Reichsgericht im 63. Bande sagt.

Zugleich aber gibt uns Mommsen eine Erklärung des Wesens dieser Ansicht, das auch der des Reichsgerichts zugrunde liegt: Die Änderung des durch den Betrug hervorgerufenen Zustandes setzt eine Änderung des Vertrages voraus. Die geschilderte Ansicht beruht auf dem Gedanken: Wäre die arglistige Täuschung nicht vorgefallen, so wäre an Stelle des tatsächlich abgeschlossenen Vertrages ein anderer abgeschlossen worden.

Auch dieser Konstruktion des Reichsgerichts kann nicht beigepflichtet werden.

Schon in sich trägt der Gedanke des Reichsgerichts einen Widerspruch. Auf der einen Seite stellt sich der Käufer auf den Standpunkt, daß der Vertrag gelten solle, auf der anderen Seite will er gleichzeitig beanspruchen, daß ihm geleistet werde, wie wenn der Vertrag nicht so, sondern anders abgeschlossen wäre.

Diese Änderung des Vertrages wird nun weiter aufgebaut auf rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die garnicht bei Abschluß des Vertrages abgegeben worden sind, sondern nachträglich abgegeben werden, ohne Rücksicht darauf, daß sie ganz willkürlich sein können und garnicht, falls die Täuschung weggeblieben wäre, getan worden wären. Der Käufer soll Ermäßigung verlangen können bis zu dem Betrage, den er vertragsmäßig ohne den Betrug gegeben hätte. Was hindert

es ihn, aus dem Betruge des Verkäufers ein Geschäft zu machen und einen recht niedrigen Preis anzugeben[1]), den er, auch wenn der Betrug nicht gewesen wäre, nicht gegeben hätte, z. B. er hätte die Sache gerade unter ihrem objektiven Werte kaufen wollen! Wer will ihm das Gegenteil nachweisen (es seien denn Anhaltspunkte vorhanden, davon aber ist abzusehen)! Diese Konsequenzen sind unhaltbar. Kommt hinzu, daß der Verkäufer ganz übergangen wird, daß seine Einwilligung zu dem Vertrage konstruiert wird; denn es „ist ja gleichgiltig, ob der Betrüger zu diesem Preise verkauft hätte".[2]) Das ist aber nicht richtig; denn er ist — das ist immer wieder hervorzuheben — nur verpflichtet, Schadensersatz zu leisten, was darüber hinausgeht, wäre eine ungerechte Schädigung des Verkäufers und eine Bereicherung des Käufers. Dagegen muß er sich wehren können.

Aber selbst wenn wir davon abgehen, daß das Reichsgericht die Herabsetzung des Kaufpreises von den Behauptungen abhängig macht — tatsächlich scheint dies der Fall zu sein — sondern annehmen, daß es nur eine verhältnismäßige Minderung nach Analogie der actio quanti minoris geben wollte, so würde auch hier meistenteils der Käufer nicht nur Schaden ersetzt bekommen, sondern Nutzen ziehen, z. B. der Kaufpreis A ist = 3000 Mark, der objektive Wert der Sache C = 2000 Mark, der vorgespiegelte Wert B = 5000 Mark, dann wäre der herabgesetzte Kaufpreis nach der Formel $\frac{x}{c} = \frac{a}{b} : x = 1200$ Mark.

[1]) cf. Lenel, DJZ 07, S. 455.
[2]) cf. R.G. Bd. 63, S. 112.

Der Käufer würde dann eine Sache, die 2000 Mark wert ist, um 800 Mark billiger erlangen.[1]) Der Fehler besteht eben hier wie oben darin, daß das Reichsgericht die Folgen des Betruges aus dem Vertrage resultieren läßt Es sagt ja Bd. 63, S. 112 deutlich: Der Betrüger sei an den Vertrag gebunden und müsse alle Folgen des Betruges auf sich nehmen. Vertrag und unerlaubte Handlung sind völlig auseinander zu halten. Der Vertrag an sich ist erfüllt. Die schon in dem Vertrage selbst liegende Schädigung kann nicht durch einen Anspruch aus dem Vertrage wegen Nichterfüllung ausgeglichen werden, sondern der Schadensersatzanspruch folgt nur aus der unerlaubten Handlung und umfaßt nur den wirklich entstandenen Schaden[2]).

Die Ansicht des Reichsgerichts ist daher abzulehnen. Sie wird auch im allgemeinen verworfen, so insbesondere von Matthiessen[3]), Werner[4]), Westrum[5]), Lenel[6]), Windscheid-Kipp[7]), OLG Marienwerder[8]).

Das Reichsgericht ist denn bald von der bisherigen Begründung seiner Ansicht abgegangen. In der Entscheidung vom 2. Oktober 1907 (JW 07, S. 670) hat es erkannt, daß der § 249 zur Begründung nicht

---

[1]) Im 63. Bande der E.R.G. gewährt das Gericht dem Käufer ein Minderungsrecht, trotzdem ein Sachverständiger festgestellt hat, daß der Kaufpreis schon niedriger ist als der objektive Wert.

[2]) Matthiessen, JW 08, S. 63.

[3]) Matthiessen, JW 08, S. 60—64.

[4]) Werner, im Recht 05, S. 303—305.

[5]) Westrum, JW 07, S. 39—40.

[6]) Lenel, DJZ 1907, S. 455.

[7]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. I, § 78, S. 408.

[8]) Entsch. d. OLG Marienwerder i. Respr. d. OLG Bd. 12, S. 12.

geeignet ist und als neuen Rechtsgrund für seine Ansicht die oben besprochene und zurückgewiesene Analogie aus § 463 gegeben und aus ihr den Anspruch des Käufers auf das positive Erfüllungsinteresse hergeleitet.

Wie haben wir uns nun aber, nachdem die Konstruktionen des Reichsgerichts sich als unrichtig erwiesen haben, den Zustand vorzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre?

Die Konsequenz wird man auf jeden Fall ziehen dürfen, die ergibt: Wenn die Täuschung nicht eingetreten wäre, wäre der Vertrag, wie er jetzt besteht, nicht abgeschlossen worden. Damit würde eine Aufhebung des Vertrags erreicht werden, nichts anderes, als was durch die Anfechtung nach § 123, allerdings in anderer juristischer Konstruktion, zu erlangen wäre. Es kann unmöglich Westrum[1]) beigepflichtet werden, der aus §§ 249 und 826 bzw. 823, 2 nur einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages und etwaiges negatives Interesse folgern will. Gerade das ist allgemein anerkannt[2]), daß der Betrogene beim Vertrage stehen bleiben dürfe. „Es ist von jeher rechtens gewesen, bemerkt Werner, daß der Betrüger sein Opfer schadlos halten muß und es wäre in der Tat ein merkwürdiger Rechtssatz, wenn der Betrüger seine Ersatzpflicht ablehnen könnte, sobald er nicht die Kauf-

[1]) JW 07, S. 40.

[2]) cf. Werner, a. a. O. S. 304; Windscheid-Kipp Bd. 1, S. 408; Dernburg, Bd. 1, S. 495, Crome, Bd. 1, S. 429, auch vom RG Bd. 59, S. 157, Bd. 63, S. 112; JW 1904, S. 140 No. 6; Seuff. Arch. Bd. 60 S. 443.

sache zurückerhält, wenn er also mit anderen Worten den Käufer zur Anfechtung nötigen könnte".

Wollte man der Westrum'schen Ansicht folgen, so dürfte man eine compensatio damni cum lucro nicht zulassen[1]); denn diese beruht ja darauf, daß Gewinn und Verlust auf demselben Grunde basieren. Zudem kommt folgender Gesichtspunkt noch in Betracht. Der Betrogene kann nach § 123 B.G.B. das Rechtsgeschäft anfechten, d. h. es hängt ganz von seinem Willen ab, ob er das Geschäft anerkennen will oder nicht. Davon abgesehen, steht ihm nach §§ 826, 249, ein Schadensersatzanspruch zu, der mit dem Anfechtungsrecht nicht im Zusammenhang steht. Damit hat das Gesetz m. E. dem Gedanken Ausdruck verleihen wollen, daß der Betrogene, auch wenn er beim Vertrage stehen bleibt, Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

Wir müssen uns bei der Darstellung des Zustandes vor der Täuschung frei machen von dem Gedanken, daß wirklich physisch der Zustand hergestellt werden könne und solle, der bestehen würde, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte. Das ist, will der Getäuschte bei dem Vertrage stehen bleiben, unmöglich. Vielmehr soll der Geschädigte wirtschaftlich in den Zustand versetzt werden, in dem er sich ohne Täuschung befinden würde. Die Differenz zwischen diesem Zustande und dem durch den Betrug hervorgerufenen ist der wirkliche Schaden und in Geld abzuschätzen. Wir müssen uns ferner hüten, den Schaden zu hoch zu bemessen; das Interesse ist so festzusetzen, daß weder dem Verkäufer noch dem

[1]) cf. Bruschwitz, S. 49.

Käufer ein Schaden erwächst. Denn der Schadensersatzanspruch soll auf der einen Seite kein Strafmoment für den Verkäufer bilden, auf der anderen Seite für den Käufer keine Quelle des Nutzens; denn er kann nur verlangen, durch den Betrug nicht geschädigt zu werden, nicht aber aus dem Betruge Vorteile zu ziehen. Dagegen haben die gefehlt, die, wie oben gezeigt worden ist, ein Erfüllungsinteresse oder einen Minderungsanspruch aus unerlaubter Handlung gewährten.

Werner (im Recht 1905 S. 305) hat im Anschluß an eine Polemik gegen die Rechnungsmethode des Reichsgerichts eine neue feinsinnige Konstruktion des Interesses aus § 249 für den Fall des Bestehenbleibens des Vertrages hergeleitet. Ich schließe mich ihr an, da sie m. E das Richtige trifft, insbesondere die Schwierigkeiten in bester Weise löst Werner gibt dem arglistig getäuschten Käufer einen Anspruch auf die Differenz zwischen objektivem Wert der Sache und dem Kaufpreis.

Er stellt folgendes Beispiel auf: A kaufte das Grundstück X von B für 9000 Mark. X ist im gegenwärtigen Zustande 8000 Mark wert, wäre aber mit dem vorgespiegelten Ertrage 10000 Mark wert gewesen, und entwickelt folgendermaßen:

„Läge die Vorspiegelung nicht vor, so erklärt der Käufer, so hätte ich nicht so viel gegeben. Darauf der Verkäufer: Dann wäre der Kauf nicht zustande gekommen. Der Käufer: Ich will annehmen, daß in der Tat mein Angebot ausgeschlagen wäre, dann hätte ich aber nicht für eine Sache, die nur 8000 Mark wert ist, 9000 Mark aus meinem Vermögen weggegeben; ich hätte also nicht in meinem Vermögensstande eine Ver-

ringerung von 1000 Mark erfahren. Diese 1000 Mark sind mir zu ersetzen."

Die Vorteile, die diese Berechnung bietet, sind unverkennbar.

Vor allem ist es die strenge Objektivität, die hier gewahrt ist. Während wir gesehen haben, daß die Berechnungsarten des Reichsgerichts abhängig waren von einseitigen Parteiäußerungen, stehen hier zwei objektive Werte gegenüber: Der Kaufpreis, der gezahlt ist, und der objektive Wert. Unter diesem objektiven Wert oder auch gemeinem Sachwert haben wir den Wert zu verstehen, welchen die Sache mit Rücksicht auf Zeit und Ort für einen jeden hat, es ist dies der Wert, welchen die Sache im Verkehre hat und der durch Veräußerung derselben erlangt werden kann; er ist bedingt durch Angebot und Nachfrage. Hier geschieht also die Bestimmung nach einem ganz objektiven Maßstabe, ungeachtet der besonderen Vorteile, welche die fragliche Sache einer bestimmten Person gewähren kann.

Ein anderer Vorzug der Berechnung liegt in der vollständigen Ausgleichung der Vermögenslagen des Käufers vor der Täuschung und nach dem Schadensersatz. Der Getäuschte wird wirtschaftlich unter Bestehenlassen des Vertrages so gestellt, als wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre, ohne ihm aber mehr als einen wirklichen Schaden zuzubilligen. Folgendes zur Erläuterung des eben Gesagten:

Vor dem Kaufe — ich gebrauche das letztgegebene Beispiel — hatte Käufer einen Wert in Händen von 9000 Mark, der Verkäufer einen solchen von 8000 Mark. Nach dem Kaufe war die Sachlage durch die Täuschung

insofern verschoben, als Verkäufer einen Wert von 9000 Mark, Käufer einen solchen von 8000 Mark hatte, der Käufer war also jetzt um 1000 Mark schlechter gestellt als vorher. Das ist sein Schaden, den er verlangen kann. (Differenz zwischen objektivem Wert und Kaufpreis). Nunmehr hat Käufer wieder 9000 Mark, der Verkäufer bloß 8000 Mark. Die Vermögenslagen sind so, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre. Diese Berechnungsweise schlägt überall da an, wo ein Vertrag, der durch Betrug zustande gekommen ist, nicht aufgelöst wird.

Freilich könnte gesagt werden, daß der Käufer sich nicht immer mit dieser Differenz begnügen wird, sei es, daß er glaubte, er hätte ein günstigeres Geschäft mit dem Betrüger ohne die Täuschung abgeschlossen oder daß für ihn der Gegenstand ohne die vorgespiegelten Eigenschaften einen weit geringeren Wert hat als der objektive Sachwert beträgt. Dann kann ja der Betrogene nach § 123 den Vertrag anfechten und sich so des Schadens begeben. Bleibt er beim Vertrage stehen, so kann ihm billigerweise nur die Differenz zwischem objektivem Wert und Kaufpreis als Interesse zugesprochen werden; denn das ist sein erkennbarer Schaden.

Natürlich ist in besonderen Fällen ein besondere Berechnung möglich, dies gilt vor allem, wenn der Nachweis für entgangenen Gewinn geführt werden kann, z. B. der Käufer kann beweisen, daß er anderweitigen Schaden durch die Täuschung habe, indem er die mangelhafte Sache sehr vorteilhaft an einen anderen weiter verkauft, dieser aber nun den Vertrag angefochten habe, weil die Eigenschaften nicht vor-

handen wären; dadurch sei ihm ein großer Vorteil entgangen, umfaßt doch nach § 252 der Schaden auch den entgangenen Gewinn. Dieser Anspruch beruht aber nicht auf willkürlichen Behauptungen, sondern hat seinen Grund in den besonderen, vom Käufer zu beweisenden Umständen.

§ 8.

C. Frage des konkurrierenden Verschuldens.

Es soll folgende Frage nicht unerwähnt bleiben, nämlich die, ob der arglistig täuschende Verkäufer sich darauf berufen kann, daß der Getäuschte leichtsinnig gewesen sei, sodaß er bei größerer Vorsicht die Arglist hätte entdecken müssen. Diese Frage des konkurrierenden Verschuldens (§ 254 B.G.B.) ist m. E. zu verneinen[1]).

Der Käufer kann nicht als fahrlässig bzw. leichtsinnig handelnd bezeichnet werden, wenn er eine Arglist nicht entdeckte, die er bei größerer Achtsamkeit hätte merken können. Es besteht überhaupt keine Pflicht zur Untersuchung, ob der andere ehrlich handelt. Infolgedessen mangelt es schon an einer Voraussetzung des § 254, nämlich, daß ein Verschulden des Beschädigten vorliegt. Aber selbst wenn doch der Beschädigte als fahrlässig der Arglist gegenüber bezeichnet werden könnte, hält Staudinger[2]) ein konkurrierendes Verschulden für ausgeschlossen.

Er bemerkt: „Bei arglistiger Beschädigung verbietet es die Moral, ein bloß fahrlässiges Verhalten des Beschädigten als ‚mitwirkend' im Sinne des § 254

[1]) cf. RG, JW 08, S. 9, Z. 10. JW 08, S. 715, Z. 12.
[2]) Komm. 1910, Bd. II, 1, S. 73.

anzuerkennen. Kein Gesetzgeber wird der Arglist einen Freibrief auf die Unvorsichtigkeit und die ‚Dummheit' ausstellen wollen. Auch das römische Recht lehnte eine compensatio doli selbst gegen culpa lata ab, wenngleich es in kontraktlichen Verhältnissen culpa lata dem dolus gleichstellt."

III. Schluss.

§ 9.

Zum Schluß will ich das, was in vorliegender Arbeit für das heute geltende Recht gefunden ist, noch einmal kurz zusammenfassen.

Ich normiere:

1) Der arglistig zum Kauf verleitete Käufer muß nicht, um Schadensersatz zu erlangen, den Kaufvertrag aufheben, sondern kann ruhig beim Vertrag stehen bleiben und Ersatz des Schadens fordern.

2) Er kann zwar nicht das Erfüllungsinteresse verlangen, jedoch immerhin die Differenz zwischen objektiven Wert der Kaufsache und Kaufpreis, falls diese verschieden sind, als seinen Schaden betrachten und einklagen.

3) Die Frage des konkurrierenden Verschuldens kommt bei arglistiger Verleitung zum Kauf nicht in Betracht.

Lebenslauf.

Am 19. August 1888 wurde ich, Dittmar Wieluner, in Breslau als Sohn des Kaufmanns und Ziegeleibesitzers Sigismund Wieluner und seiner Ehefrau Johanna geb. Jereslaw geboren. Ich bin Preuße und jüdischer Religion.

Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Gymnasium zu St. Elisabet, das ich Michaelis 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich an den Universitäten Breslau (4 Semester), Freiburg i. B. und München (je 1 Semester) Rechtswissenschaft, bestand am 16. Juni 1910 in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 28. Oktober 1910 das examen rigorosum.

Gegenwärtig bin ich als Referendar am Königl. Amtsgericht in Lublinitz O.-S. beschäftigt.

Herrn Geheimrat Prof. Dr. Leonhard sage ich Dank für die freundlichen Winke, die er mir bei vorliegender Arbeit zuteil werden ließ.